

Audience publique du 18 décembre 2008

Recours formé par Monsieur ..., ... (Espagne),
contre une décision du ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration
en matière d'autorisation de séjour

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 24680 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif le 30 juillet 2008 par Maître Eyal Grumberg, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ..., demeurant à ... (Espagne), né le ..., de nationalité chinoise, tendant principalement à l'annulation et subsidiairement à la réformation d'une décision du ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration du 9 juin 2008 portant refus d'une autorisation de séjour au Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 15 septembre 2008 ;

Vu le mémoire en réplique de Maître Eyal Grumberg, déposé au greffe du tribunal administratif le 14 octobre 2008 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision critiquée ;

Entendu le juge-rapporteur en son rapport, ainsi que Maître Vanessa Morolli, en remplacement de Maître Eyal Grumberg, et Monsieur le délégué du gouvernement Jean-Paul Reiter en leurs plaidoiries respectives.

Le 28 mars 2006, Monsieur ... introduisit auprès du ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration, ci-après désigné « *le ministre* », par l'intermédiaire de son mandataire de l'époque, une demande en vue de l'obtention d'une autorisation de séjour en tant qu'indépendant. Par différents courriers du ministre des 27 avril, 18 septembre et 14 décembre 2006, Monsieur ... fut invité à présenter sa demande auprès de l'ambassade du Luxembourg à Madrid, et fut en même temps informé que pour justifier sa présence au Luxembourg, il devait être titulaire en nom propre de l'autorisation d'établissement de la société dont il déclarait être gérant.

Par courrier du 14 juin 2007, complété par un courrier du 14 novembre 2007, Monsieur ... fit introduire auprès du ministre une nouvelle demande en vue de l'obtention d'une autorisation de séjour en tant qu'indépendant.

Suite à un courrier du ministre du 7 février 2008, Monsieur ... fut à nouveau invité à présenter sa demande à l'ambassade du Luxembourg à Madrid, ce qui fut fait par Monsieur ... par lettre du 20 avril 2008. Au même courrier du ministre était joint un formulaire intitulé « *autorisation de séjour en qualité d'indépendant* », aux termes duquel est notamment requis un certificat du ministre des Classes moyennes attestant qu'une demande en obtention d'une autorisation d'exploitation a été déposée, étant entendu que le ministre précisa que l'autorisation d'établissement devrait être établie au nom du demandeur.

Par décision du 9 juin 2008, le ministre refusa l'autorisation de séjour à Monsieur ... aux motifs suivants :

« Comme suite à votre demande par laquelle vous sollicitez une autorisation de séjour en tant qu'indépendant, j'ai le regret de vous informer que je ne suis pas en mesure de faire droit à votre requête.

En effet, dans mes courriers adressés à Maître Fatholahzadeh le 27 avril 2006, à Maître Phong les 18 septembre et 14 décembre 2006 et à Maître Grumberg le 7 février 2008, vous avez été informé qu'il ne suffit pas d'être l'associé majoritaire de la société à responsabilité limitée. Il faut en outre en être le gérant technique, c'est-à-dire remplir les qualifications professionnelles pour être titulaire en nom propre, pour le compte de la société, de l'autorisation d'établissement.

Or, comme il résulte des résolutions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire du 10 mars 2006 de la société ... s.à.r.l. que vous assumez la fonction de gérant administratif et comme jusqu'à ce jour aucun certificat du ministère des Classes moyennes attestant qu'une demande en obtention d'une autorisation d'établissement ne m'est parvenu, une autorisation de séjour ne saurait vous être délivrée ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 30 juillet 2008, Monsieur ... a fait introduire un recours contentieux tendant principalement à l'annulation, subsidiairement à la réformation de la décision ministérielle du 9 juin 2008.

Encore que le demandeur entende exercer principalement un recours en annulation et subsidiairement un recours en réformation, le tribunal a l'obligation d'examiner en premier lieu la possibilité d'exercer un recours en réformation contre la décision litigieuse. En effet, comme l'article 2 (1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif dispose qu'un recours en annulation n'est recevable qu'à l'égard des décisions non susceptibles d'un autre recours d'après les lois et règlements, l'existence d'une telle possibilité d'un recours en réformation rend irrecevable l'exercice d'un recours en annulation contre la même décision.

Il échet de relever qu'aucun recours au fond n'est prévu en matière d'octroi d'une autorisation de séjour sur base de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1) l'entrée et le séjour des étrangers, 2) le contrôle médical des étrangers ; 3) l'emploi de la main-d'œuvre étrangère, ci-après dénommée la « *loi du 28 mars 1972* », loi entre-temps abrogée mais ayant été applicable au jour de la prise de la décision litigieuse, de sorte qu'elle reste applicable au présent litige. Il s'ensuit que seul un recours en annulation a pu être introduit contre la

décision ministérielle déférée. Le tribunal n'est partant pas compétent pour connaître du recours en réformation introduit en ordre subsidiaire.

Le recours en annulation, introduit à titre principal, ayant par ailleurs été introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

A l'appui de son recours, le demandeur expose qu'il serait détenteur de 50 parts sociales dans la société à responsabilité limitée ... Sàrl, ci-après dénommée « *la société* », ayant son siège social à ..., et qu'il aurait été nommé gérant administratif de cette même société. Il soutient encore qu'il serait titulaire d'un titre de séjour et d'un titre de travail en Espagne. Il se serait encore fait attribuer un numéro de sécurité sociale au Luxembourg, ainsi qu'un numéro de dossier auprès de l'administration des Contributions directes.

En droit, le demandeur estime que la décision litigieuse devrait encourir l'annulation en ce qu'elle violerait les dispositions de la loi du 28 mars 1972 et celles contenues à l'article 4 du règlement grand-ducal modifié du 28 mars 1972 relatif aux formalités à remplir par les étrangers séjournant au pays, ci-après dénommé « *le règlement grand-ducal du 28 mars 1972* », tout comme celles contenues au règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, ci-après dénommé « *le règlement grand-ducal du 8 juin 1979* », dispositions auxquelles il se serait conformé.

Il soutient qu'aucune disposition de la loi du 28 mars 1972 et le règlement grand-ducal du 28 mars 1972 ne l'obligerait, dans le cadre de sa demande en autorisation de séjour en tant qu'indépendant, à être le gérant technique d'une société. Ni l'article 2, ni l'article 5 de la loi du 28 juin 1972, ni encore l'article 4 du règlement grand-ducal du 28 mars 1972, n'érigeraient le non respect d'une telle condition en une cause de refus de l'autorisation de séjour. A l'appui de son argumentation le demandeur cite un jugement du tribunal administratif du 31 janvier 2005(n° 18452 du rôle), qui aurait été confirmé sur ce point par la Cour administrative dans un arrêt du 28 avril 2005 (n° 19348C du rôle). L'article 4 du règlement grand-ducal du 28 mars 1972 se contenterait, dans le cadre d'une demande d'autorisation de séjour, d'exiger la preuve de moyens d'existence personnels suffisants au-delà de la possibilité de les acquérir de manière légale. Il termine en soulignant que le formulaire intitulé « *autorisation de séjour provisoire pour indépendants* » émis par le ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration imposerait des conditions supplémentaires qui ne seraient prévues ni par la loi du 28 mars 1972, ni par le règlement grand-ducal du 28 mars 1972, de sorte que ledit formulaire ne traduirait pas de manière exacte le droit applicable.

Le demandeur invoque ensuite une violation de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, pour conclure que la décision ministérielle litigieuse ne serait basée sur aucun fondement juridique, alors qu'elle se limiterait à énoncer qu'il ne serait pas suffisant d'être associé de la société, mais qu'il y aurait également lieu d'en être le gérant, sans faire référence à la loi applicable.

Le demandeur poursuit, en argumentant que la décision litigieuse serait à annuler pour excès de pouvoir, au motif qu'il existerait une disproportion flagrante entre le motif invoqué par le ministre et la mesure prise, de sorte que le ministre aurait fait une erreur manifeste d'appréciation des faits. Le demandeur fait valoir qu'il serait associé et gérant administratif de la société. Il soutient encore qu'il détiendrait des papiers de légitimation, qu'il ne constituerait

pas un danger pour la sécurité, la tranquillité, l'ordre ou la santé publics, et qu'il disposerait de moyens suffisants pour supporter les frais de voyage et de séjour.

Finalement, le demandeur sollicite la condamnation de l'Etat au paiement d'une indemnité de procédure de 1000 EUR sur base de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Le délégué du gouvernement soutient, dans son mémoire en réponse, qu'il n'existerait pas de parallélisme entre la jurisprudence du tribunal administratif invoquée par le demandeur et la présente affaire, puisqu'en l'espèce on ne serait pas en présence d'une société unipersonnelle. Il note encore que selon l'article 2 de la loi du 28 mars 1972 l'entrée et le séjour pourraient être refusés à l'étranger qui ne disposerait pas de moyens d'existence personnels suffisants pour supporter les frais liés à son séjour au pays, et que le seul fait d'être gérant administratif d'une société serait insuffisant afin de rapporter la preuve de moyens personnels suffisants, dans la mesure où le demandeur ne serait ni salarié de la société, ni n'aurait-il demandé et obtenu une autorisation d'établissement en son nom personnel. Finalement, le délégué du gouvernement relève que l'octroi d'une autorisation de séjour serait une question de pure opportunité qui devrait échapper au contrôle de la légalité à effectuer par le tribunal. Il demande finalement le rejet de l'indemnité de procédure réclamée, au motif que celle-ci ne reposerait sur aucune pièce.

Le demandeur souligne, dans son mémoire en réplique, que la présente affaire serait identique à celle ayant donné lieu au jugement du tribunal administratif du 31 janvier 2005 précité, en précisant que dans ladite affaire la société dont le demandeur était gérant administratif n'était pas une société unipersonnelle. Par ailleurs, sachant que la société unipersonnelle serait soumise aux mêmes règles qu'une société à responsabilité « *classique* », le moyen tiré de la forme de la société en cause serait inopérant, étant donné que la loi du 28 mars 1972 n'exigerait pas qu'il faudrait être gérant administratif ou technique d'une société à responsabilité unipersonnelle. En exigeant qu'il faudrait être gérant d'une société unipersonnelle, le délégué du gouvernement aurait ajouté une condition non prévue par la loi. En l'espèce, il ne s'agirait pas de vérifier si le demandeur dispose de moyens personnels suffisants, puisque cette condition n'aurait pas été soulevée dans la décision sous analyse. Le demandeur invoque encore qu'il a constitué une garantie bancaire en faveur du ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration. Il précise finalement qu'il ne s'agirait pas de vérifier l'opportunité de la décision litigieuse, mais les conditions imposées par le ministre, conditions qui ne seraient pas prévues par la loi. Quant à l'indemnité de procédure, le demandeur rappelle qu'il aurait dû avoir recours à un avocat, et qu'il serait injuste qu'il doive supporter ces frais, en soutenant que d'après la jurisprudence de la Cour supérieure de justice, il ne serait pas requis de fournir des justificatifs des frais d'avocat exposés.

Le premier motif de refus invoqué par le ministre a trait au fait qu'un indépendant devrait être gérant technique, c'est-à-dire, selon la définition du ministre, remplir les qualifications professionnelles pour être titulaire en nom propre pour le compte de la société de l'autorisation d'établissement.

Or, ni l'article 2 de la loi du 28 mars 1972, ni l'article 4 du règlement grand-ducal du 28 mars 1972, n'érige le non-respect d'une telle condition en une cause de refus de l'autorisation de séjour. Il en est de même de l'article 5 de la loi du 28 mars 1972, qui prévoit les causes de refus pour l'octroi d'une carte d'identité d'étranger, disposition applicable aux

étrangers qui désirent séjourner plus de 12 mois au pays. Il est certes vrai que l'article 5 précité dispose que l'octroi d'une carte d'identité d'étranger peut être refusé notamment à l'étranger « *qui entend exercer une activité professionnelle sans être en possession de l'autorisation requise à cet effet (...)* », il n'en reste pas moins que cette disposition ne saurait viser que des activités salariées ou à titre d'indépendant exercées à titre personnel par le demandeur, et non pas le cas d'une personne qui entend exercer une activité d'indépendant dans le cadre d'une société, qui a une personnalité juridique distincte de celle du demandeur de l'autorisation de séjour. Bien évidemment, dans l'hypothèse où cette société ne dispose pas d'une autorisation d'établissement, dans les cas où une autorisation est légalement requise, le ministre resterait toujours en droit de refuser l'autorisation de séjour à la personne physique qui entend exercer une activité d'indépendant par le biais d'une société commerciale, puisque cette personne ne serait alors pas en mesure de justifier de l'existence de moyens personnels pour financer son séjour qui seraient « *légalement acquis* » au sens de l'article 4 du règlement grand-ducal du 28 mars 1972.

Il en résulte que le ministre, en érigeant, pour un indépendant, l'exigence d'être gérant technique d'une société à responsabilité limitée en une cause de refus de l'octroi de l'autorisation de séjour non prévue par la loi ou par son règlement d'exécution, a excédé le cadre légal applicable en la matière, de sorte que le motif de refus ainsi énoncé ne saurait légalement motiver la décision déférée.

En second lieu, la demanderesse soulève une violation de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, en ce que la décision litigieuse ne serait motivée par aucun fondement juridique, la décision ne faisant pas référence à la loi applicable et se contenterait d'énoncer la condition précitée d'être gérant technique de la société.

Aux termes de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, « *toute décision administrative doit baser sur des motifs légaux.*

La décision doit formellement indiquer les motifs par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement et des circonstances de fait à sa base, lorsqu'elle (...) refuse de faire droit à la demande de l'intéressé (...) ».

A cet égard, il convient de préciser que la sanction de l'obligation de motiver une décision administrative consiste dans la suspension des délais de recours. La décision reste valable et l'administration peut produire ou compléter les motifs postérieurement et même pour la première fois devant le juge administratif (Cour. adm. 8 juillet 1997, n° 9918 C du rôle, Pas. adm. 2008 V° Procédure administrative non contentieuse, n° 60).

En l'espèce, le tribunal est amené à constater que la décision litigieuse était motivée, peu importe que ce motif ait été déclaré non justifié au regard des considérations qui précèdent. Il échet encore de relever que le délégué du gouvernement a complété en cours de procédure les motifs du refus, en ce qu'il a invoqué l'article 2 de la loi du 28 mars 1972, qui permet au ministre de refuser l'entrée et le séjour à l'étranger qui ne dispose pas de moyens personnels suffisants pour supporter les frais de voyage et de séjour. C'est à tort que le demandeur soutient que le ministre ne saurait pas faire état de ce motif qui n'aurait pas été énoncé dans la lettre de refus, alors qu'au regard des principes ci-avant énoncés, le ministre a la possibilité de compléter les motifs de la décision au cours de la procédure contentieuse.

En ce qui concerne ce deuxième motif de refus invoqué, à savoir le défaut de moyens personnels, il y a lieu d'examiner si ce motif de refus peut légalement justifier la décision déferée.

Dans ce contexte, il convient de rappeler que le rôle du juge de l'annulation consiste à examiner l'existence et l'exactitude des faits matériels qui sont à la base de la décision attaquée et de vérifier si les motifs dûment établis sont de nature à motiver légalement la décision attaquée. (Cour adm. 17 juin 1997, n° 9481C du rôle, Pas. adm. 2008, V° Recours en annulation, n° 10, et autres références y citées). Son rôle exclut cependant le contrôle des considérations d'opportunité à la base de l'acte administratif attaqué. (trib. adm. 11 juin 1997, n° 9583 du rôle, Pas. adm. 2008, V° Recours en annulation, n° 12, et autres références y citées).

Aux termes de l'article 2 de la loi du 28 mars 1972, l'entrée et le séjour peuvent être refusés à l'étranger « *qui ne dispose pas de moyens personnels suffisants pour supporter les frais de voyage et de séjour* ».

En l'espèce, il échet tout d'abord de constater que les pièces à la disposition du tribunal et établissant la qualité de gérant administratif, respectivement la qualité d'associé de la société dans le chef du demandeur, datent de fin 2006, de sorte qu'il n'est pas certain qu'au moment où la décision ministérielle litigieuse a été prise, cet état des faits était toujours d'actualité. Néanmoins, même à supposer que le demandeur ait toujours été associé et gérant administratif de la société au moment où le ministre a pris sa décision, force est de constater que le fait d'être gérant administratif, respectivement détenteur de parts sociales d'une société ne saurait suffire à lui seul pour rapporter la preuve de l'existence de moyens personnels suffisants au sens de l'article 2 précité. En effet, aucune explication, ni aucune preuve ne sont fournies par le demandeur quant aux revenus d'exploitation de la société, respectivement quant aux moyens financiers qu'il est en droit de tirer et a effectivement pu tirer de la société du fait de ses qualités de gérant administratif et d'associé, indépendamment d'une activité purement salariale, qui serait évidemment soumise à l'exigence d'un permis de travail, dont le demandeur ne dispose pas en l'espèce. A cet égard, la seule garantie bancaire fournie au profit du ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration ne saurait suffire pour justifier l'existence de moyens personnels suffisants, alors que cette garantie a pour objet de garantir le paiement du voyage de retour du demandeur dans son pays d'origine, et n'a pas pour finalité de servir comme moyens personnels permettant de financer son séjour au Luxembourg (trib. adm. 13 août 1997, n° 9928 du rôle, Pas. adm. 2008, V° Etrangers, n° 242, et autres références y citées ; voir aussi Cour administrative 28 avril 2005, n° 19348C du rôle, cité par le demandeur).

Il s'ensuit que le ministre a, en l'espèce, légalement pu constater que le demandeur ne justifie pas de l'existence de moyens personnels suffisants pour supporter à la fois les frais de voyage et les frais de séjour au Luxembourg, au sens de l'article 2 de la loi du 28 mars 1972, et, par voie de conséquence, refuser d'accorder le permis de séjour sollicité.

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours en annulation est à déclarer non justifié.

Eu égard à l'issue du litige, la demande en allocation d'une indemnité de procédure de 1000 EUR (mille euros) est à rejeter.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties;

se déclare incompétent pour connaître du recours en réformation ;

reçoit le recours en annulation en la forme ;

au fond, le déclare non justifié, et en déboute ;

déboute le demandeur de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne le demandeur aux frais.

Ainsi jugé par:

Carlo Schockweiler, premier vice-président,
Martine Gillardin, premier juge,
Annick Braun, juge,

et lu à l'audience publique du 18 décembre 2008 par le premier vice-président en présence du greffier Claude Legille.

s. Legille

s. Schockweiler